



# STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT

## ***Roundtable* Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis**

**Arbeitssitzung vom 22. Oktober 2021**

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,  
Universität Bern

---

# Einfluss des EU-Kartellrechts auf die jüngere Schweizer Kartellrechtspraxis (Teil 1)

Studienvereinigung Kartellrecht, Arbeitsgruppe Schweiz, Arbeitssitzung  
mit dem Center for the Law of Innovation and Competition (CLIC),  
Universität Bern, 22. Oktober 2021

Dr. Monique Sturny

---

**walderwys** rechtsanwälte

# Spielarten des Einflusses des EU-Rechts

---

(Staatsvertragliche) Verpflichtung zur Übernahme

Autonomer Nachvollzug

Rechtsvergleichung / «eklektische Anregung»

	Autonomer Nachvollzug	Rechtsvergleichung / «eklektische Anregung»
Begriff	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Übernahme von EU-Recht, ohne staatsvertragliche Verpflichtung</li> <li>• Umfassend oder punktuell</li> <li>• Basiert auf bewusstem Entscheid der Legislative, das Schweizer Recht möglichst im Einklang und in Übereinstimmung mit dem EU-Recht auszugestalten</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Übernahme von EU-Recht erfolgt zufällig, willkürlich, freiwillig, unsystematisch</li> <li>• Verschiedene Rechtsordnungen werden gleichwertig als Inspirationsquelle beigezogen</li> </ul>
Ziel / Zweck	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Grösstmögliche «Europakompatibilität»</li> <li>• Äquivalenz der Schweizer Normen mit jenen der EU</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kein bestimmtes/r Ziel/Zweck</li> <li>• Keine Bevorzugung einer bestimmten Rechtsordnung</li> </ul>
Gesetzgeber	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Übernahme von möglichst identischen Normen od. von Regeln mit gleicher Wirkung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Freie Anpassung an Schweizer Verhältnisse</li> </ul>
Folge für Praxis	<p>Teleologische und historische Auslegung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Europakompatible Auslegung</li> <li>• Sowohl bisheriges als auch künftiges EU-Recht</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Keine oder nicht vorrangig europakompatible Auslegung</li> </ul>

# Motive für autonomen Nachvollzug

---

- Vorteile der Europakompatibilität
  - Einheitlichkeit, Harmonisierungsgewinn
  - Effizienz für international tätige Unternehmen, Extraterritorialität des EU-Kartellrechts
  - Anlehnung an bewährtes Rechtssystem, Rechtssicherheit
  - Marktzugang / Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit, Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen
- Nachteil eines autonomen Nachvollzugs: Verzicht auf eigene, bessere Regeln / Qualitätsverlust

# Gesetzgeberischer Wille

Botschaft 1961: Minimalprogramm;  
ausländische Gesetze durchwegs  
schärfer

Revision KG als Bestandteil des mit der Swisslex-  
Botschaft (1993) eingeleiteten  
Reformprogramms.

Botschaft KG 1995, 484, 530 f.:

- Nicht primär europapolitischer  
Hintergrund, sondern zwecks  
Verbesserung der wirtschaftlichen  
Rahmenbedingungen
- Regelungsmuster der EU  
berücksichtigt, soweit nicht aus  
sachlichen Gründen  
unterschiedliche Lösungen  
angezeigt.

1962

1985

1995

2003

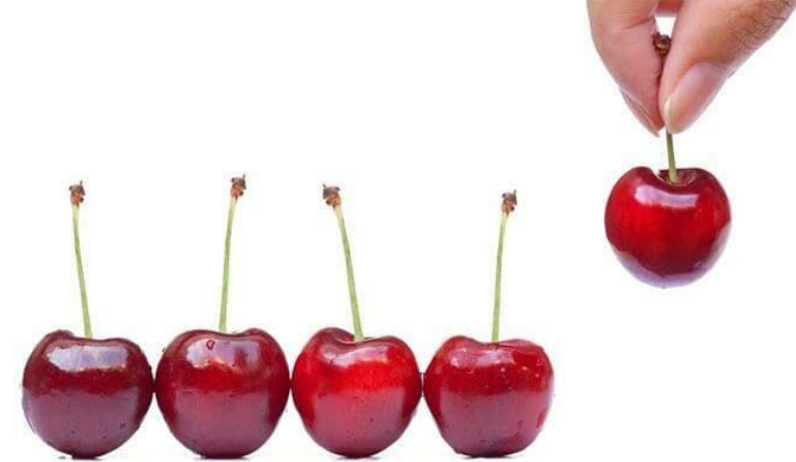
?

Vereinzelt rechtsvergleichende  
Hinweise (EU, USA, DE)

Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG im  
Parlament: Angleichung an EU-  
Recht als eines der Motive; Ziel:  
gleiches Schutzniveau

# Zwischenfazit

---



- Autonomer Nachvollzug, wenn auch nicht in «Reinform»
- Keine blosse «eklektische Anregung»
- Folge: Abweichung («Swiss finish») nur, wo gerechtfertigt aufgrund
  - der Sache (z.B. Fusionskontrolle in kleiner offener Volkswirtschaft)
  - von Systemunterschieden (Schweizer Wirtschaftsverfassung lässt kein Verbotprinzip zu)
- EU-Kartellrecht ist bei teleologischer und historischer Auslegung zu berücksichtigen; kein «cherry-picking»



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Competition Commission COMCO

# Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC, Universität Bern

Roundtable "Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und  
Gerichtspraxis"

Arbeitssitzung vom 22. Oktober 2021

**Andreas Heinemann**

Wettbewerbskommission | Uni Zürich





# Verhältnis Kartellrecht CH – EU

- Das schweizerische Kartellrecht ist **eigenständig**; damit auch eigenständig **auszulegen**
- **Botschaft KG 95**: An zahlreichen Stellen der Hinweis darauf, dass **Annäherung an europäisches KartR** erfolgen sollte
- Dies ist bei der Auslegung zu **berücksichtigen**.
- Besonders **grosse Ähnlichkeit**: **KG 7**
- Konzeptionelle Unterschiede, aber **inhaltliche Ähnlichkeit** (bis hin zu "materieller Identität"): **KG 5**
- **Grosser Unterschied**: **Zusammenschlusskontrolle** und **Institutionen**



# Schwerpunkte des WEKO-Fallrechts



- **Preisabreden:** allein im Beschaffungswesen  
Aufdeckung von **Submissionsabreden** bei über 2'000 Bauprojekten
- Ermöglichung von **Parallelimporten** / Öffnung der Märkte gegenüber Ausland: «GABA-BMW-NIKON»
- Beitrag zur **Öffnung der Strom- und Gasmärkte:**  
«Freiburger Elektrizitätswerke» und «Gasmarkt Zentralschweiz»
- ➔ Auf dieser Linie liegen auch die WEKO-Verfügungen des letzten Jahres.



# KG 5 III

## ➤ Submissionskartelle

- **WEKO – *Installations et services électriques dans la région genevoise* (2021)**
- **WEKO – *Optische Netzwerke* (2020)**

Untersuchungseröffnung vor Vertragsabschluss

## ➤ **Praxis entspricht (spätestens seit *Gaba*) dem EU-Kartellrecht**

## ➤ S. auch **OECD Recommendation on Hard Core Cartels** (rev. 2019):

"RECOMMENDS that Adherents make hard core cartels illegal **regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets**, and [...] **provide effective compensation for cartel victims**"



# KG 5 IV

## ➤ **Absoluter Gebietsschutz**

### ▪ **WEKO – *Pöschl* (2021)**

In sieben europäischen Vertriebsverträgen wurde das Vertriebsgebiet auf das jeweilige Land beschränkt und Exporte untersagt

### ▪ s. zuletzt auch ***Rimowa* (2018)**, ***Bucher Landtechnik* (2019)**

## ➤ Die Regeln zum Gebietsschutz (mit Unterscheidung aktive und passive Verkäufe) sind **direkt dem EU-Kartellrecht** entnommen

### ▪ EuGH – *Consten und Grundig* (1966)

### ▪ EuGH – *Nungesser* (1982)

## ➤ **BGer – *Gaba* (2016): "materiell identisch"**



# Absoluter Gebietsschutz

## Bundesgericht macht zwei Vorbehalte:

- Verweis bezieht sich auf **Stand 2003**
- **volkswirtschaftliche Besonderheiten** eines jeden Landes sind zu berücksichtigen, z.B. die Auswirkungen vertikaler Abreden über absoluten Gebietsschutz auf **kleinere Länder**

## Fragen:

- Wie steht es mit den **EU-Ausnahmen für absoluten Gebietsschutz**?
  - GVO-VV: Freistellung von Wettbewerbsverboten  $\leq 5$  Jahre
  - GVO-TT: Schutz des Lizenzgebers vor Passivverkäufen in das eigene Exklusivgebiet
- Wohl keine Anwendung, wenn sie zur **Abschottung der Schweiz** genutzt werden



# Absoluter Gebietsschutz

- Liegt hierin eine "**Abweichung**" vom **EU-Kartellrecht**?
- Würde die **EU** den Einsatz dieser Ausnahmen für **Abschottung zwischen Mitgliedstaaten akzeptieren**?

## These

- Man sollte bei **Erstbefassung mit einem Problem in der Schweiz** vorsichtig mit der Aussage sein, das schweizerische Kartellrecht sei strenger als das EU-Kartellrecht
- Es ist ja möglich, dass das EU-Kartellrecht die Dinge genauso sieht, nur **noch keinen einschlägigen Fall** hatte



# KG 7: Marktöffnung



- **BGer – Publigroupe (2012):** "Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert [...], ist auch die Praxis zu Art. 102 [...] zu berücksichtigen"
- **Aber:** Die wirtschaftliche Tragweite ist eine andere als in der EU. KG 7 ist **Ausputzer** für zurückhaltende Regulierung (z.B. RLG 13)
- **WEKO – EGZ und ewl (2020):** **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** bei Transport und Verteilung von Erdgas über Rohrleitungsnetze
- **Art. 7 Abs. 2 lit. a KG: Verweigerung d. Durchleitung** v. Erdgas durch e. **dritte Anbieterin** über ihre Netze zur Belieferung von bestimmten Kundengruppen > Endkunden konnten Anbieterin nicht frei wählen
- **EVR: Endkunden können in Zukunft den Lieferanten wählen**



# KG-Teilrevision



- Vernehmlassungsvorlage ist in Ausarbeitung
  - **Modernisierung Fusionskontrolle**: Einführung **SIEC-Test**
  - **Umsetzung Mo. Fournier 16.4094** «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» gem. Beschluss Parlament v. 5. März 2018
    - **Ordnungsfristen** für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte
    - **Parteienentschädigung** in allen Phasen des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens, neu somit **auch für die Verfahren vor WEKO**
  - Zwei Elemente aus der vom Parlament abgelehnten KG-Revision von 2012
    - Stärkung **Kartellzivilrecht**
    - Verbesserung **Widerspruchsverfahren**
- ➔ Insbesondere der **SIEC-Test** und die **Stärkung des Kartellzivilrechts** bewegen sich auf das EU-Kartellrecht zu.





# KG-Teilrevision



## ➤ In die umgekehrte Richtung geht die **Motion Français (13.12.2018)**:

"Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen"

### **Gründe:**

- *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts beeinträchtigt Rechtssicherheit
- Kooperation zwischen Unternehmen werde erschwert

### **Argumente im Parlament:**

- ARGE's und Einkaufsgemeinschaften in Gefahr



# KG-Teilrevision




- **Diese Argumente treffen nicht zu:**
  - **ARGE's** und **Einkaufsgemeinschaften** in ständiger Praxis **anerkannt**
  - *Gaba* hat **Rechtssicherheit** gebracht: Grundsätzliche Erheblichkeit der fünf Vermutungstatbestände
  - **keine Umkehr der Beweislast**
  - Konformität mit **EU-Kartellrecht**
  - Die Praxis gegen **absoluten Gebietsschutz** würde erschüttert (Widerspruch zur FPI !)
  - Rückschlag beim Kampf gegen **Hochpreisinsel**
  - **Verlängerung** der **Verfahren**
  
- **Die Motion führt ins Abseits**

***Roundtable* Aktuelle Themen der jüngsten  
Behörden- und Gerichtspraxis**


**Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC Universität Bern**

**Arbeitssitzung vom 22. Oktober 2021**

**Dr. Martin Kayser**



**Urteile sind dann gut, wenn sie durch  
Kongruenz Vorhersehbarkeit gewährleisten**

The image shows two flags on poles in the foreground: the Swiss flag (red with a white cross) on the left and the European Union flag (blue with twelve yellow stars) on the right. They are set against a blurred background of a grand, ornate parliament chamber with high ceilings, columns, and a large mural on the wall. The text is overlaid in white, bold font across the center of the image.

**Eine möglichst europakompatible Rechtsprechung  
macht die Beratung (und möglicherweise auch die  
Tätigkeit der WEKO) einfacher**

The image shows a grand, ornate courtroom interior. The ceiling is high and features a complex, repeating geometric pattern in gold and brown tones. A large, multi-tiered chandelier hangs from the center. The walls are lined with dark wood paneling and large, multi-paned windows. The floor is made of light-colored wood. In the foreground, there are several long wooden desks with microphones and papers, arranged in a semi-circle. The overall atmosphere is formal and majestic.

Eine EU-kompatible Rechtsprechung macht nur dann Sinn, wenn das Bundesgericht dafür Raum lässt

The image shows the interior of the Swiss Federal Council Chamber (Bundesratssaal) in Bern. The room is a large, ornate hall with a high, vaulted ceiling. The walls are covered in dark wood paneling. In the foreground, there are several rows of wooden desks and chairs arranged in a semi-circle. In the background, there is a large mural depicting a mountain landscape. The text is overlaid in the center of the image.

Die Botschaft des Bundesrats sollte die Frage der Europakompatibilität detailliert erörtern



**Ich bin Rechtsschriften für Kontext dankbar:  
Weshalb genau passt der Fall X auf unseren Fall?**



# Unterbrechung der Verjährung bei Sanktionen

## Art. 49a KG Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

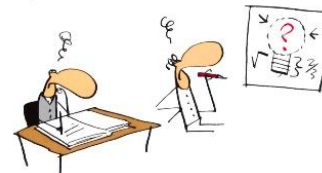
<sup>1</sup> Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede ... beteiligt ist ..., wird mit einem Betrag ... belastet. ...

<sup>3</sup> Die Belastung entfällt wenn ...

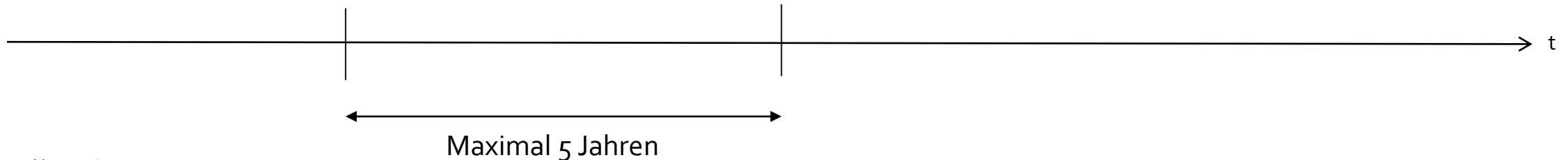
(b) die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist.



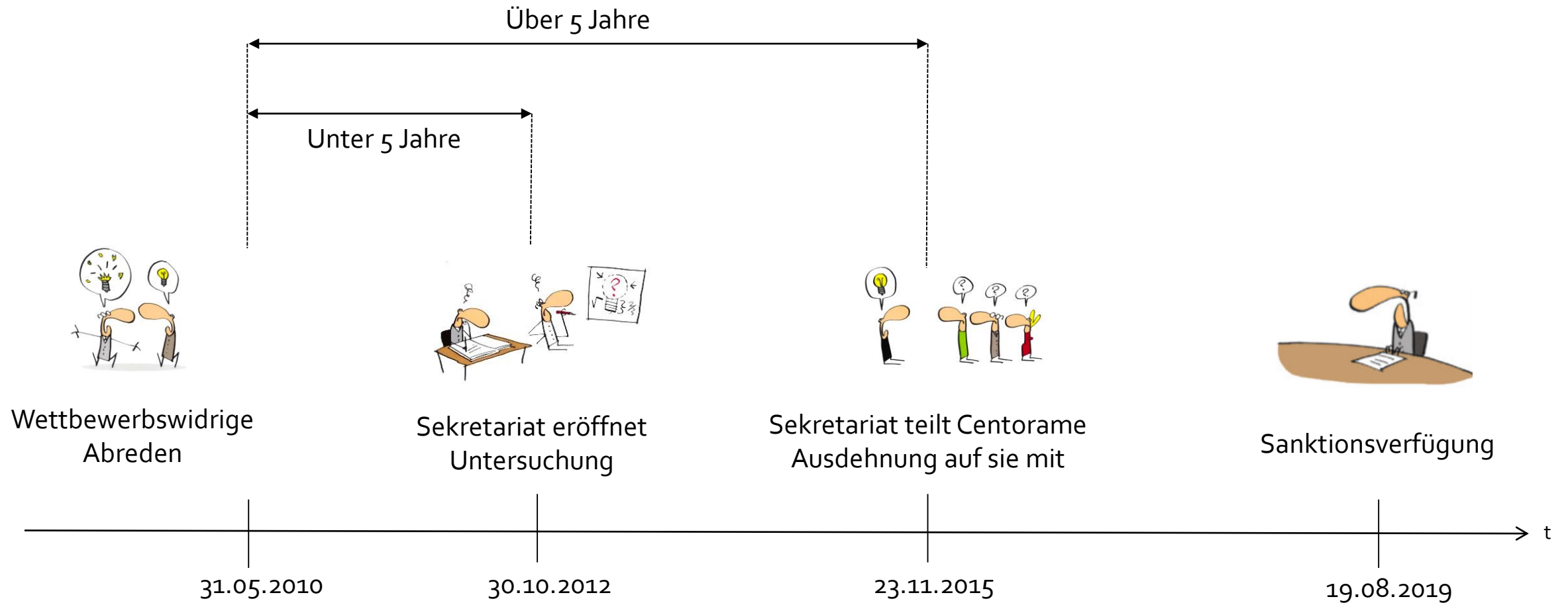
Wettbewerbswidrige  
Abreden



Sekretariat eröffnet  
Untersuchung



# Der Fall Centorame



# 5-Jahres-Frist fokussiert auf Tat, nicht Beteiligte

## **Urteil B-5119/2019 vom 9. August 2021 Centorame AG / WEKO**

- Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG: 5-Jahres-Frist muss durch Eröffnung Untersuchung unterbrochen werden.
- Dabei müssen nur die derzeit bekannten Unternehmen individuell benachrichtigt werden (E. 5.5).
- Centorame konnte aus der Publikation alles Notwendige ersehen (E. 7.3).
- Weitere Beteiligte können später mit einfachem Schreiben informiert werden (E. 5.2.3).

# *Roundtable* Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC Universität Bern

Arbeitssitzung vom 22. Oktober 2021

Dr. Hans Georg Seiler

# BGE 124 III 495

- Die EU-Konzeption, wonach Konkurrenzverbote grundsätzlich Wettbewerbsabreden sind, lässt sich nicht ohne weiteres auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der EU angestrebt, jedoch - namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage - bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet.
- Art. 31bis Abs. 3 lit. b aBV steckt den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ab. Andere Wettbewerbsbeschränkungen werden nicht erfasst.
- Daher ist ein Konkurrenzverbot nicht eine Wettbewerbsabrede, kann allerdings im Lichte von Art. 7 KG problematisch sein.

# BGE 127 III 219 (Rhône-Poulenc)

- E. 4b: L'idée d'un contrôle des concentrations s'est en fait développée à la lumière du droit communautaire ... le droit européen de la concurrence joue en effet un "rôle locomotive" à l'égard des législations nationales et le Conseil fédéral s'en est également inspiré lorsqu'il a édicté le projet de loi, en particulier pour fixer les valeurs seuils permettant de soumettre les entreprises participantes au contrôle ...
- Aber: La Suisse a des valeurs seuils relativement élevées par rapport à la dimension de son marché. Ces valeurs ont cependant été voulues par le législateur.

# BGE 129 II 18 (Buchpreisbindung)

- Keine grundsätzlichen Aussagen zum EU-Recht.
- Punktuell Bezugnahme (in Zusammenhang mit Rechtfertigung):
  - es ist "nicht ausgeschlossen, [die Buchpreisbindung] mit dem Argument der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen zu rechtfertigen (vgl. EuGH C-360/92, Slg. 1995 S. 23 ff., 67 f., zum Begriff des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts im Sinne von Art. 85 Ziff. 3 EGV im Zusammenhang mit der britischen Buchpreisbindung)"
  - "Es wird insofern zu berücksichtigen sein, dass ... nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten können (vgl. dazu ABI C 073 vom 6. März 2001, Entschliessung des Rates vom 12. Februar 2001; EuGH 3. Oktober 2000 C-9/99 [Echirolles Distribution SA]; ...)"

# BGE 131 II 497 (Edipresse)

- Gesetzgeber wollte im Unterschied zur EU keine Bewilligungspflicht für Zusammenschlüsse.
  - "son but était avant tout que, conformément aux règles d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (cf. art. 1er LCart), les entreprises puissent, dans toute la mesure du possible, elles-mêmes et dans les plus brefs délais décider et procéder aux concentrations qu'elles jugent profitables à leur développement, en dehors de toute bureaucratie inutile lorsque leur projet ne soulève pas d'objection de la part de la Commission de la concurrence"
- Dies als teleologisches Argument für die Auslegung von Art. 43 KG: Dort nicht genannte Dritte sind auch nicht legitimiert zur Beschwerde.



# BGE 137 II 199 (Swisscom)

- Das Wort "erzwingen" in Art. 7.2.c KG hat selbständige Bedeutung; blosser Ursächlichkeit zwischen Marktbeherrschung und unangemessenen Bedingungen genügt nicht.
- E. 4.3.1: Zum Argument, das KG sei im Sinne des EU-Rechts auszulegen: "Es gibt jedoch kein gemeinsames Wettbewerbsrecht der Schweiz und der Europäischen Union im Rahmen eines bilateralen Abkommens, das gegebenenfalls eine parallele Rechtsordnung nahe legen würde (...). Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Bezug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen."

# BGE 137 II 199 (Swisscom; Forts.)

- E. 4.3.2: "Die Kartellgesetznovelle von 1995 hatte keinen besonderen europapolitischen Hintergrund (...). In den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf (...) wird das Ziel einer EU-Kompatibilität nicht genannt, ebenso wenig in den Ausführungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (...). Der schweizerische Gesetzgeber wollte ... nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom das EU-Recht nachvollziehen. Immerhin lehnte er sich bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an das EU-Recht an ... Nach der bundesrätlichen Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 unter Einschluss von Art. 7 KG in der heutigen Fassung wurden die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union aber lediglich insoweit berücksichtigt, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen"

# BGE 139 I 72 (Publigroupe)

- E. 8.2.3: Zum Argument, Art. 7.2.b KG sei zu unbestimmt, um als gesetzliche Grundlage für Sanktionen zu dienen: "Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (... [Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung]), ist auch die Praxis zu Art. 102 AEUV (... ) zu berücksichtigen (...). Diesbezüglich lassen sich bereits Erkenntnisse über den Normsinn [von Art. 7 KG] und damit auch Rechtssicherheit (...) gewinnen.
- Konkrete Anwendung: E. 9.3.3.2: Im Gegensatz zur Praxis in der EU (... ) folgert die schweizerische Praxis und Lehre aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung (... ). Allerdings bildet der Marktanteil von 50% Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.
- E. 10: Bei der Prüfung, ob missbräuchliches Verhalten vorliegt, auch Bezugnahme auf Literatur zum EU-Recht.

# BGE 143 II 297 (Gaba)

## Auswirkungsprinzip:

- E. 3.2.3: Zahlreiche Zitate von Literatur zum EU-Recht. "Art. 2 Abs. 2 KG hat - wie dies bereits die Botschaft KG I umschrieben hat (... ) - somit einen weiten Geltungsbereich."
- E. 3.3: Die Beschwerdeführerin will indes bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine gewisse Intensität berücksichtigt haben. Kriterien hierfür nennt sie keine, sondern verweist generell auf die Praxis der EU und Deutschland. In der Regel sind die in der Literatur genannten Kriterien unscharf und nicht zielführend, um zu bestimmen, ob Handlungen in den Geltungsbereich fallen oder nicht (...). Eine Berücksichtigung einer Spürbarkeit ist im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht möglich.

# BGE 143 II 297 (Gaba; Forts.)

## Erheblichkeit der Beeinträchtigung:

- E. 5.1.2: Das Kriterium der Erheblichkeit soll die Verwaltung entlasten und an das EU-Recht anknüpfen.
- E. 5.3.2: Vertikale Abreden können je nach Kontext wettbewerbsintensivierende oder wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben (Hinweise u.a. auf TT-GVO der EU). Indem die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfassten Abreden grundsätzlich erheblich sind, wird indes eine Einzelfallbeurteilung nicht verunmöglicht. Eine solche erfolgt im Rahmen der Effizienzprüfung, ...
- E. 5.3.4: Zum Argument der Bf, der Hinweis auf EU-Recht überzeuge nicht, da das Schweizerische Recht auf dem Missbrauchs-, das EU-Recht dagegen auf dem Verbotsprinzip aufbaue.
  - Aus Art. 96 BV folgt lediglich, dass nicht die Wettbewerbsbeschränkung als solche, sondern Missbräuche und Auswüchse der Bezugspunkt der Kartellgesetzgebung sind.
  - Das schweizerische und das europäische Recht haben sich in den letzten Jahren angenähert.
  - Der Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist. Das schweizerische Kartellrecht soll sich bei vertikalen Abreden am EU-Recht orientieren.

# BGE 143 II 297 (Gaba; Forts.)

- E. 6.2.3: Der Gesetzgeber erklärt allerdings nicht ausdrücklich durch Verweisungen europäisches Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden zu schweizerischem Recht. Solches europäisches Wettbewerbsrecht ist jedoch nicht nur rechtsvergleichend .... - zu respektieren (... ). Denn die rechtsvergleichende Auslegung würde erlauben, dass dem daraus folgenden Resultat nicht gefolgt werden muss, was aber der Gesetzgeber in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG gerade nicht wollte. Er wollte ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden - trotz fehlendem dynamischen Verweis (...)
- Dies gilt aber nur, "wenn die grundlegenden Begriffe, die Rechtsprechung und das System des europäischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden sich gegenüber 2003 nicht grundlegend geändert haben, weil ansonsten diese Verschiebungen nicht mehr durch den schweizerischen gesetzgeberischen Willen gedeckt wären."

# BGE 143 II 297 (Gaba, Forts.)

- E. 6.4.4: Zum Argument der Bf, gemäss EU-Recht (TT-GVO) wäre die Abrede zulässig: "EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht (vgl. E. 6.2.3). Die GVO-TT 2004 ist in der Schweiz deshalb nicht anwendbar. Fraglich kann deshalb nur sein, ob aufgrund der verlangten Parallelität zwischen der schweizerischen und der europäischen Rechtsordnung, die von der Beschwerdeführerin behauptete Technologietransfer-Vereinbarung von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen ist. Entsprechend der bereits oben geäusserten parlamentarischen Ansicht (vgl. E. 6.4.1) sollen auch Technologietransfervereinbarungen oder solche in Verträge eingebundene Regeln, welche einen absoluten Gebietsschutz vorsehen, unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen."

# BGE 144 II 246 (Altimum)

- E. 13.3: La Commission européenne a édicté, sous la forme de communications, des lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 130/1 du 19 mai 2010; ci-après lignes directrices UE). A l'instar de la CommVert, ces lignes directrices n'ont pas de force contraignante, mais peuvent aider à évaluer l'admissibilité des accords verticaux, étant rappelé qu'en présence de réglementations similaires, il convient de tendre à un parallélisme des solutions applicables dans l'Union européenne et en Suisse (...)
- Aber die VertBek der WEKO enthalten zur hier streitigen Frage keine Regelung



# BGE 146 II 217 (Swisscom)

## Art. 7 KG; Kosten-Preis-Schere

- E. 4.3 und 5: E. 5: Ausführliche Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur in der EU zu Art. 7 KG und zur Kosten-Preis-Schere.
- E. 6: Wie in der EU-Rspr. (zu den Telekom-Unternehmen) ist auf die periodenweisen historischen Kosten abzustellen.
- E. 7: Fällt KPS unter Art. 7.1 KG oder einen der Tatbestände von Art. 7.2?
  - Die EU-Gerichte anerkennen die Kosten-Preis-Schere als eine eigenständige Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs innerhalb von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV
  - Die Tatbestände von Art. 7.2 können den Preisdruck von Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens nicht adäquat erfassen.
  - Die Kosten-Preis-Schere ist deshalb als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren

# BGE 147 II 72 (Pfizer)

- E. 3.1: Die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Art. 4 Abs. 1 KG stimmen mit Art. 101 Abs. 1 AEUV überein. Rechtsprechung und Literatur dazu kann auch für die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigt werden.
- E. 4.4: Genügt für abgest. Verh.weise der Befolungsgrad, oder sind weitere Elemente erforderlich?
  - E. 4.5.1: Es ist nicht so, dass das Befolgen allein für die Annahme einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nicht genügen würde oder dass neben dem Befolgen zwingend eine Druckausübung oder weitere Elemente notwendig sind. Es ist aber umgekehrt auch nicht so, dass in jedem Fall das Befolgen alleine ausreichend ist. Insofern ist eine wertende Gesamtbetrachtung notwendig (Hinweise auf Urteile EuGH).
  - E. 5.2.2: Bedeutung des elektron. Systems, das den Händlern automatisch den empfohlenen Preis mitteilte. Hinweis auf EuGH C-74/14 Eturas
  - E. 5.3: Hoher Befolungsgrad (weit über 50 %)
  - E. 5.3.5: Zur Bedeutung Rabatte: Bezugnahme auf EuGH C-74/14 Eturas

# BGE 147 II 72 (Pfizer, Forts.)

- E. 6.4.6: Zum Argument, nach EU-Recht (Vert-GVO) liege Festpreisabrede nur vor, wenn Hersteller Druck ausgeübt hat:
  - 1) Art. 5 Abs. 4 KG kennt keine entsprechende Vorschrift.
  - 2) Vorliegend handelt es sich nicht um eine echte Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise.
  - 3) Die Vertikal-GVO bezieht sich auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt.
- Es liegt somit eine Preis-Festabrede vor. Sie ist nach Art. 5.1 KG unzulässig, wenn sie nicht gerechtfertigt werden kann.

---

# Einfluss des EU-Kartellrechts auf die jüngere Schweizer Kartellrechtspraxis (Teil 2)

Studienvereinigung Kartellrecht, Arbeitsgruppe Schweiz, Arbeitssitzung  
mit dem Center for the Law of Innovation and Competition (CLIC),  
Universität Bern, 22. Oktober 2021

Dr. Monique Sturny

---

**walderwys** rechtsanwälte

# Praxis zu Art. 7 KG

---

- Explizit keine europakompatible Auslegung:
  - BGE 137 II 199 (Swisscom Terminierung Mobilfunk): restriktive Auslegung des Elements der «Erzwingung» unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)
- Praxis zu Art. 102 AEUV sei zu berücksichtigen:
  - BGE 139 I 72 (Publigroupe): Bestimmtheit des Diskriminierungstatbestands (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)
  - BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 (SIX DCC): Art. 7 KG als Anlehnung an EU-Missbrauchsvorschriften, aber: im Ergebnis strengere Auslegung als nach EU-Recht
  - BGE 146 II 217 (Swisscom ADSL): Definition und Bestimmtheit der Kosten-Preis-Schere

# BGE 137 II 199 «Swisscom: Terminierungsgebühren»

---

- Hohe Anforderungen an TB der Erzwingung unangemessener Preise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG
- E. 4.3.1 S. 208 f.: Das Volkswirtschaftsdepartement hält dafür, das Kartellgesetz sei im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts auszulegen, was zu einem restriktiveren Verständnis des Ausbeutungsmisbrauchs als dasjenige der Vorinstanz führe. **Es gibt jedoch kein gemeinsames Wettbewerbsrecht der Schweiz und der Europäischen Union [...], das gegebenenfalls eine parallele Rechtsordnung nahelegen würde. Vom Recht der Europäischen Union unabhängiges schweizerisches Recht ist grundsätzlich autonom auszulegen. Eine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe drängt sich immerhin soweit auf, als dies vom schweizerischen Gesetzgeber bezweckt war und sich die Regelungen auch inhaltlich entsprechen. Nach der Rechtsprechung ist insbesondere autonom nachvollzogenes EU-Recht europarechtskonform auszulegen, weil es dem Gesetzgeber diesfalls darum ging, eine parallele Regelung zu schaffen.**

# BGE 137 II 199 «Swisscom: Terminierungsgebühren»

---

## E. 4.3.2 S. 209 f.:

Die Kartellgesetznovelle von 1995 hatte **keinen besonderen europapolitischen Hintergrund**. In den grundsätzlichen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf wird das **Ziel einer EU-Kompatibilität nicht genannt**, ebenso wenig in den Ausführungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der schweizerische Gesetzgeber wollte bei der damaligen Revision des Kartellgesetzes somit **nicht in erster Linie zwecks Herstellung einer Europarechtskonformität autonom das EU-Recht nachvollziehen**. Immerhin lehnte er sich bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an das EU-Recht an. Insbesondere verwendete er sogar denselben Begriff des "Erzwingens", wie er heute auch in Art. 102 Abs. 2 lit. a [AEUV] enthalten ist. [...]

# BGE 139 I 72 «Publigruppe»

---

E. 8.2.3 S. 88 f.

**Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert** ["Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung"], **ist auch die Praxis zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zu berücksichtigen.** Diesbezüglich lassen sich bereits Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch Rechtssicherheit gewinnen.



# BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 «SIX DCC»

---

E. 512: Im Rahmen [von Art. 7 KG] ist die **Wettbewerbspraxis der Europäischen Union prinzipiell rechtsvergleichend mit Ausnahmeverbehalt zu berücksichtigen [...]**. Denn die **Ausgestaltung des materiellen schweizerischen Kartellgesetzes – und dabei insbesondere diejenige von Art. 7 KG – orientiert sich seit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 an den Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts. [...]** Dies bedeutet, dass **im Einzelfall ungeachtet der autonomen Auslegung des schweizerischen Kartellgesetzes auch die einschlägige EU-Wettbewerbspraxis mit zu berücksichtigen ist [...]**. Die konkreten Umstände des Einzelfalls sowie besondere tatsächliche nationale Eigenheiten können deren Berücksichtigung dabei einerseits auch ausschliessen [...] oder andererseits gerade verlangen [...]

E. 976: [...] der **Gesetzgeber [wollte] mit Art. 7 KG eine Anlehnung an die Missbrauchsvorschrift des EU-Wettbewerbsrechts herstellen [...]**

# BGE 146 II 217 «Swisscom ADSL: Kosten-Preis-Schere»

---

E. 4.3 S. 228 f.

**Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union gegriffen werden**, wie das Bundesgericht in BGE 139 I 72 bereits festgehalten hat: Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden. Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen. Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts im dritten Erwägungsgrund aus, **da "die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten"**.

# Praxis zu Vertikalabreden

---

- Praxis soll sich am EU-Recht orientieren
  - Wertungsgehalt deckungsgleich (BGer i.S. Gaba)
  - In der EU zulässige Abreden sollen in der Schweiz zulässig sein; «parallelism des solutions» (BGer i.S. Altimum)
  - Identische Regelung angestrebt (BVGer i.S. Livres français)
- Vorbehalte:
  - Aber keine Anwendung der TT-GVO (BGer i.S. Gaba)
  - Keine Anwendung der Vertikal-GVO (Pfizer)

# BGE 143 II 297 «Gaba»

---

E. 5.3.4 S. 321 f.:

- **Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG ist mit dem der EU praktisch deckungsgleich**, auch wenn der Regelungsmechanismus nicht derselbe ist.
- **Das schweizerische Kartellrecht soll sich bei vertikalen Abreden am EU-Recht orientieren**

E. 6.2.3 S. 326 ff.: Art. 5 Abs. 4 KG soll eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der EU sein: eine materiell andere Regelung als in der **EU würde zu Rechtsunsicherheiten führen. Insofern erlaubt die Parallelität der Regelungen, dass "im Sinne der Rechtssicherheit auch darauf zurück[gegriffen werden kann], was die EU mit ihrer Verordnung an vertikalen Abreden ausgeschlossen bzw. zugelassen hat"**

# BGE 143 II 297 «Gaba»: Analyse

---

- Das BGer hält fest, dass eine «materiell identische Regelung» zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden bestehen soll (E. 6.2.3);
- Weiter kommt es allerdings zum Schluss, dass die Technologietransfer-GVO in der Schweiz nicht anwendbar ist bei der Frage des Vorliegens einer Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG. Zu berücksichtigen wäre diese höchstens bei Effizienzrechtfertigung im Einzelfall nach Art. 5 Abs. 2 KG (E. 6.4.4 und 6.4.5);
- Bei Art. 5 Abs. 2 KG nimmt das BGer dann aber keine Prüfung der Kriterien für eine Freistellung gemäss der Technologietransfer-GVO vor, sondern erklärt diese wieder bloss für nicht anwendbar (E. 7.2).

# BGer 2C\_101/2016 vom 18.05.2018

## «Altimum»

---

### E. 13.3

A l'instar de la CommVert, ces lignes directrices [d.h. EU Vertikal-Leitlinien] n'ont pas de force contraignante, mais peuvent aider à évaluer l'admissibilité des accords verticaux, étant rappelé qu'en présence de réglementations similaires, **il convient de tendre à un parallélisme des solutions applicables dans l'Union européenne et en Suisse [...].**

# BVGer B-3975/2013 vom 30.10.2019 «Marché du livre français»

## Entscheid vor Bundesgericht angefochten

---

### E. 7.2

En adoptant l'art. 5 al. 4 LCart, le législateur n'a pas souhaité introduire un régime plus sévère que celui aménagé par le droit européen (cf. Deiss BO 2003 E 322 ss). Il voulait en effet **une réglementation matérielle identique entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence en lien avec les accords verticaux**. Dès lors, il convient d'interpréter cette disposition à la lumière du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices en tenant compte des spécificités propres à l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 6.2.3 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, op. cit., p. 42 ; SILVIO VENTURI/CHRISTOPH VONLANTHEN, *Accords de distribution et droit de la concurrence*, in : *Accords de distribution*, 2005, p. 136 no 46). **Il s'ensuit que les contrats de distribution licites au regard du droit européen de la concurrence doivent également être considérés comme licites en Suisse** (cf. arrêt B-5685/2012 précité *Altimum* consid. 4.2.1).

# BGer 2C\_149/2018 «Pfizer»

---

## E. 6.4.6

Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, dass bei einer Preisempfehlung nur dann von einer Festpreisabrede gesprochen werden könne, wenn der Hersteller Druck ausgeübt hätte. Sie **bezieht sich dabei auf Art. 4 lit. a der Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen** (Vertikal-GVO; ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 ff.). Dazu ist Folgendes festzuhalten: **Art. 5 Abs. 4 KG kennt *erstens* keine entsprechende Vorschrift. [...] *Drittens* bezieht sich der erwähnte Artikel der Vertikal-GVO auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung. Hier stellt sich vorerst nur die Frage, ob es sich um eine in Art. 5 Abs. 4 KG umschriebene Abrede handelt.** Im Übrigen hat der erwähnte Artikel auch andere Konstellationen als die vorliegende im Blick (BECHTOLD/ BOSCH/BRINKER, a.a.O., N. 6 und 8 zu VO 330/2010 Art. 4)



# BGer 2C\_149/2018 «Pfizer»: Analyse

---

- Regelung in der EU Vertikal-GVO bezüglich einer Freistellung vertikaler Abreden:
  - Grundsätzliche Freistellung von vertikalen Abreden;
  - Ausnahme: Kernbeschränkung der Preisfestsetzung (Art. 4);
  - Unverbindliche Preisempfehlungen stellen allerdings keine Kernbeschränkungen dar, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken. Solche Preisempfehlungen sind entsprechend freigestellt.
- In casu weder Druck noch spezifische Anreize gewährt (lediglich eine Einspeisung der Preisempfehlung in das Kassensystem der Händler).

# BGer 2C\_149/2018 «Pfizer»: Analyse

---

- BGer: Keine grundsätzliche Aussage zur Europakompatibilität von Art. 5 Abs. 4 KG
- Die Kriterien der Vertikal-GVO werden vom BGer bezüglich Art. 5 Abs. 4 KG für irrelevant erklärt, da:
  - diese Kriterien in Art. 5 Abs. 4 KG nicht vorgesehen sind;
  - es sich nicht um eine Preisempfehlung, sondern um eine abgestimmte Verhaltensweise handle; und
  - der zitierte Vertikal-GVO Artikel sich auf die Zulässigkeit einer Preisfestsetzung bezieht und nicht regelt, ob in Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Abreden vorliegen (BGer 2C\_149/2018, E. 6.4.6).
- Würdigung: Nichtberücksichtigung der Kriterien der Vertikal-GVO bei Art. 5 Abs. 2 KG
  - steht im Widerspruch zum Gaba-Entscheid: «materiell identische Regelung» wie im EU-Wettbewerbsrecht für harte Vertikalabreden (BGE 143 II 297 E. 6.2.3); und
  - führt zu einem materiell anderen Ergebnis als dies in der EU wohl der Fall wäre (allerdings: Freistellung nach GVO gilt nur, wenn MA <30%).

# Danke für Ihre Aufmerksamkeit

---

Dr. iur. Monique Sturny, LL.M.  
Rechtsanwältin, Partnerin, Walder Wyss AG  
[monique.sturny@walderwyss.com](mailto:monique.sturny@walderwyss.com)  
Direct: +41 58 658 56 56

---

**walderwyss** rechtsanwälte